

EL DERECHO A PENSIÓN DE VIUDEDAD DEL SUPÉRSTITE DE UNA UNIÓN DE HECHO HOMOSEXUAL

Por D.^a LORENA CHANO REGAÑA
Doctoranda de Derecho Constitucional
Universidad de Extremadura

Resumen

El artículo analiza la doctrina del Tribunal Constitucional español en relación con el derecho a obtener una pensión de viudedad por parte del supérstite de una unión de hecho, con especial consideración a las uniones del mismo sexo. Las condiciones establecidas por el legislador español en 2007 para lograr la tutela de esta novedosa pensión de «viudedad» han sido foco de varias cuestiones de inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad y por discriminación por orientación sexual, lo que ha generado una recentísima jurisprudencia constitucional favorable a la tutela de la pensión y controvertida en el propio seno del Tribunal. Particularmente polémicas han sido la mención a la «descendencia común» para causar derecho de pensión retroactiva y la remisión a la legislación específica de ciertas Comunidades Autónomas para la acreditación de la existencia de pareja de hecho. La cuestión, en relación con la jurisprudencia y el marco jurídico europeo, pone de manifiesto la ausencia de una regulación europea en igualdad y discriminación por orientación sexual en el ámbito específico de la Seguridad social, así como también, las diferencias existentes entre los ciudadanos de la Unión Europea en la tutela de los derechos derivados de la Seguridad Social.

Abstract

The article deals with the Constitutional Court's doctrine on the right to be obtained a pension by the survivor of an unmarried partnership, with special attention paid to same sex unions. The conditions required by the Spanish legislator in 2007 for achieving this new survivor's pension have been the subject of discussion in several constitutional reviews owing to the possible violation of principle of equality and nondiscrimination on grounds of sexual orientation. This has generated a recent and controversial case law

within the Constitutional Court. The requirement of shared offspring and the reference to the specific law of some Autonomous Communities in order to prove the existence of the unmarried partnership have been especially polemical. With regard to European law and jurisprudence, it is proven that there is a lack of European regulation concerning equality and nondiscrimination on grounds of sexual orientation in the specific area of Social Security System.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
- II. CONFLICTOS DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN LAS UNIONES DE HECHO
 - A) LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL DEL SUPÉRSTITE DE UNA UNIÓN DE HECHO HOMOSEXUAL
 - B) EL TRATO DIFERENTE DEL SUPÉRSTITE DE LA UNIÓN DE HECHO SEGÚN EL TERRITORIO
 - C) CONCLUSIONES
- III. REFERENCIA AL MARCO JURÍDICO EUROPEO

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La unión de hecho es una modalidad de convivencia estable con vocación de permanencia, alternativa al matrimonio y muy habitual en la sociedad de hoy en día. Dado el carácter tradicional de la familia y de su protección bajo la figura jurídica del matrimonio, se trata de una realidad social que ha permanecido huérfana de regulación durante mucho tiempo. De hecho, no aparece recogida ni en la Constitución Española (en adelante C.E.) ni en el Código Civil, sino que han sido los ordenamientos de las Comunidades Autónomas (en adelante CC.AA.), los que en aplicación del art. 149.1.8.º C.E. y en el «desarrollo» de «su» propio derecho civil han regulado sobre esta materia, estableciendo los requisitos para constituirse en pareja de hecho, las formas de acreditación de la misma y los derechos y obligaciones que se derivan de tal situación, en la medida que han podido legislar sobre ellos sin interferir en las competencias básicas del Estado. La unión de hecho tiene más importancia si cabe en el caso de las parejas homosexuales, para quienes ha sido la única posibilidad de unión hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Junto a la diversidad normativa de las CC.AA., el Estado también ha introducido reformas específicas para dar respuesta a las necesidades sociales y equiparar en la medida de lo posible las uniones de hecho a las uniones matrimoniales, tanto heterosexuales como homosexuales. En esta línea se incardina la reforma sobre la Ley General de la Seguridad Social (L.G.S.S.) operada por la Ley 40/2007, cuya Exposición de Motivos señala que la misma pretende «adecuar la acción protectora del sistema a las nuevas realidades sociales y así reconocer la pensión de viudedad a las parejas de hecho que acrediten convivencia mutua, estable y notoria» y «una aproximación, en la medida de lo posible, a la institución matrimonial». Añade: «No obstante, habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad».

En este sentido, el legislador parte de la inviabilidad de la plena igualación de los regímenes jurídicos con apoyo en una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional (T.C.) que sostiene que «el matrimonio y la convivencia extra-matrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1 C.E.)». En cambio «nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurí-

dicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento»¹, por lo que el legislador en su margen de configuración normativa es libre de elegir y desarrollar los derechos y obligaciones que se van a derivar de ambas situaciones, como realidades o fenómenos jurídicos diferentes. Partiendo de esta premisa, la redacción dada por la Ley 40/2007 al art. 174 de la L.G.S.S. introdujo la posibilidad de pensión de viudedad del supérstite de una pareja de hecho que acreditase determinados requisitos. Las condiciones establecidas por el legislador para lograr la tutela de esta novedosa pensión de «viudedad» han sido el centro de numerosas dudas de constitucionalidad por posible vulneración del principio de igualdad y por posible discriminación por orientación sexual. Estas susceptibilidades sobre la constitucionalidad de la normativa involucrando un valor superior como es la igualdad y poniendo en jaque a todo un colectivo que puede verse desprotegido socialmente por su inclinación sexual, han generado una reciente y controvertida doctrina constitucional.

La controversia debe encuadrarse en el ordenamiento jurídico multinivel en el que opera el Estado español, teniendo en cuenta no sólo las peculiaridades de nuestro derecho regional, sino también las demandas de Europa y el respeto al derecho comunitario.

II. CONFLICTOS DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN LAS UNIONES DE HECHO

A efectos expositivos, organizaré los pronunciamientos del Tribunal Constitucional desde una perspectiva problemática en una doble tipología conflictual: aquellos supuestos controvertibles por la posible discriminación por orientación sexual y aquellos otros supuestos atentatorios contra la igualdad.

A) LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL DEL SUPÉRSTITE DE UNA UNIÓN DE HECHO HOMOSEXUAL

En esta primera categoría el conflicto puede reconducirse a dos concretas dudas de constitucionalidad de la norma. La primera de ellas sería la cuestión de constitucionalidad resuelta en la S.T.C. 41/2013², donde el Tribunal Constitucio-

¹ S.T.C. 184/1990, F.J. 3, reproducido a su vez por la copiosa jurisprudencia que ha entrado a dilucidar cualquier cuestión referente al tratamiento jurídico de ambas figuras. Sirvan de ejemplo (en referencia a la exigencia de vínculo matrimonial para acceder a la pensión por viudedad): todas las sentencias citadas por este artículo, así como también: S.T.C. 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991, 29/1992 y 69/1994; y Autos del T.C. 188/2003, 47/2004, 77/2004, 177/2004, 393/2004 y 203/2005.

² Vid. también la S.T.C. 55/2013, donde el Tribunal Constitucional otorga el amparo, aplicando la doctrina de la S.T.C. 41/2013, así como también la S.T.C. 77/2013, recaída en otro recurso de amparo sustentado en la misma doctrina, con la única peculiaridad de que en este supuesto el solicitante es un transexual con cambio de nombre en el Registro Civil, circunstancia ésta que no tiene mayores consecuencias en el tema que nos ocupa.

nal se ha pronunciado sobre el requisito de los «hijos comunes» como exigencia para causar derecho de pensión especial con carácter retroactivo limitado en el tiempo. La segunda, la S.T.C. 92/2014, donde el conflicto surge entorno a la expresión «cónyuge supérstite», utilizada por la norma.

En lo que respecta a la primera, es necesario precisar que junto al reconocimiento de la pensión de viudedad con carácter general para las uniones de hecho, el legislador ha introducido bajo la rúbrica de «Pensión de viudedad en supuestos especiales», un supuesto de protección especial con carácter retroactivo a su entrada en vigor (1 de enero de 2008), exigiendo una serie de presupuestos previos, como son la limitación temporal de su solicitud, la imposibilidad a generar anteriormente derecho de pensión, la convivencia ininterrumpida durante los seis años previos al fallecimiento, no tener reconocida prestación contributiva de la Seguridad Social y «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes». En una primera lectura, resulta ya evidente, que el requisito relativo a la descendencia común es de imposible cumplimiento para las parejas de hecho del mismo sexo, al menos, en lo que a la descendencia biológica se refiere. Respecto a la descendencia adoptiva habría que estar a la legislación específica en la materia. En el caso enjuiciado en la citada resolución el requisito deviene imposible, tanto biológica como jurídicamente, al haber fallecido el causante antes de la entrada en vigor de la Ley del Parlamento Catalán 3/2005 de 8 de abril que permite la adopción a las parejas de hecho³. No ofrece duda el régimen excepcional y transitorio que tiene la disposición, al presentar un carácter retroactivo favorable para aquellas uniones de hecho que el legislador ha tenido a bien beneficiar mediante los efectos de una norma, a la que, de otro modo este colectivo no se habría podido adherir. Si conjugamos el carácter excepcional de la disposición con la libertad de que goza el legislador «en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales»⁴, podríamos concluir que la exigencia de la descendencia común para devengar pensión de viudedad, se explica en base a criterios legislativos objetivos que consideran más dignas de protección las cargas familiares (art. 39 C.E.), o que pretenden evitar fraudes en una mejor redistribución de los recursos (arts. 31.2 y 41 C.E.), exigiendo una circunstancia acreditable de la existencia de una relación de afectividad y convivencia notoria.

En el examen que el Alto Tribunal efectúa del polémico requisito se colige que el mismo «no puede ser entendido como un indicador inequívoco de la

³ Llamo la atención aquí sobre el hecho de que es una ley autonómica la que regula la «idoneidad» para adoptar, permitiendo el derecho de adopción a las uniones de hecho, lo que implica que la regulación de diferentes regímenes adoptivos en diferentes CC.AA. en relación con el requisito de la descendencia común, podría derivar en un efecto perjudicial o en algún tipo de discriminación añadida, que no procede examinar aquí.

⁴ S.T.C. 41/2013, F.J. 7, reproduciendo a la S.T.C. 69/2007, F.J. 3. En la misma línea: S.S.T.C. 65/1987, F.J. 17; 134/1987, F.J. 5; 97/1990, F.J. 3; 197/2003, F.J. 3; 128/2009, F.J. 4.

existencia efectiva de la relación de convivencia *more uxorio* que se pretende proteger, pues ni la circunstancia de haber tenido hijos en común acredita una mayor estabilidad o solidez de la unión de hecho, ni dicha circunstancia establece el único medio de prueba posible sobre la estabilidad de la pareja»⁵; de igual modo sostiene que la protección de la familia no es la finalidad que persigue el legislador al introducir dicha exigencia, dado que no es una concreta situación de necesidad de los hijos lo que tutela, al no requerir que concurra su supervivencia, minoría de edad, dependencia económica ni ninguna otra circunstancia semejante: lo único que exige el legislador es la existencia de hijos comunes⁶. Así pues, según el T.C., el requisito no tiene justificación objetiva y razonable que responda a la finalidad de la pensión. Añade, que «conduce además a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes»⁷. Finalmente, el Tribunal Constitucional declara la nulidad del apartado c) de la Disposición Adicional 3.^a L.G.S.S. Y lo hace no por suponer una discriminación por orientación sexual, sino por implicar una vulneración de la cláusula general de igualdad. Entiende el Alto Tribunal que el requisito es de imposible cumplimiento no sólo para las uniones de hecho homosexuales, sino también para las heterosexuales infértiles, cuando el fenecimiento se produjese antes de la entrada en vigor de la ley que permite la adopción a las uniones de hecho. Por lo cual, examinada y probada esta circunstancia no entra a dirimir si se produce una discriminación por orientación sexual⁸.

A mi juicio, es también apreciable la discriminación por orientación sexual en las uniones del mismo sexo, en la medida en que para ellas la imposibilidad biológica existe siempre, no sólo en supuestos puntuales de infertilidad. A esto habría que añadir, que la facultad de adoptar está también supeditada a unos requisitos legales que podrían de alguna forma interferir en el cumplimiento de la exigencia de descendencia común, o, cuanto menos, retrasarla. En otras palabras, el régimen excepcional retroactivo, aunque redactado de forma neutral, conllevaría a una discriminación indirecta al producir unos efectos agravados para el caso de los convivientes del mismo sexo.

Por lo que respecta al segundo supuesto problemático, abordado en una cuestión interna de inconstitucionalidad al hilo de un recurso de amparo⁹ y resuelto

⁵ S.T.C. 41/2013, F.J. 7. Cfr. con la argumentación esgrimida en sentido contrario por el Voto Particular discrepante a dicha sentencia.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*, F.J. 9.

⁸ *Ibidem*, F.J. 6.

⁹ Recurso de amparo 6704/2004, resuelto en S.T.C. 93/2014, denegando el otorgamiento del amparo en aplicación de la argumentación y fallo de la S.T.C. 92/2014, que declara la constitucionalidad del precepto. El mismo esquema fáctico y marco jurídico que subyace en el recurso

en la S.T.C. 92/2014, el conflicto se centra en la expresión «cónyuge supérstite», utilizada por el art. 174.1 L.G.S.S. en la redacción dada por la Ley 50/1998 de medidas fiscales, administrativas y del orden social. A pesar de que el texto del precepto ha sido modificado por la Ley 40/2007, razones de aplicabilidad de la norma en el tiempo determinan que dicho precepto es aplicable al específico recurso de amparo que genera la cuestión interna de inconstitucionalidad. Bajo el marco jurídico aplicable al caso, la pensión de viudedad estaba condicionada a la previa existencia de vínculo matrimonial, situación jurídica a la que no podían aspirar las parejas del mismo sexo por tener vetada su capacidad para celebrar matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005 que modifica el art. 44 del Código Civil en este sentido. La resolución del Tribunal Constitucional al respecto es categórica: «No toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, solo por ello, los mismos derechos y deberes que quienes conviven maritalmente»¹⁰; por tanto, concluye que «ha de ser (...) el legislador (...) el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance»¹¹, por lo que no aprecia discriminación por orientación sexual ni vulneración de la igualdad.

En sentido contrario a esta argumentación, cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional firman un voto particular discrepante cuya argumentación jurídica comparto. El voto pone de manifiesto que la no libertad de optar al matrimonio supone un requisito de imposible cumplimiento jurídico¹². Tal imposibilidad deriva en una clara discriminación para las parejas del mismo sexo, quienes privados de contraer nupcias, nunca podrían causar derecho a pensión de viudedad. Distinto es el efecto para las uniones de hecho heterosexuales, donde

de amparo que originó la duda de constitucionalidad del art. 174.1 L.G.S.S. al Pleno del T.C., se reproduce en otros sucesivos recursos de amparo, que, a su vez, son resueltos por el T.C. en el mismo sentido por remisión argumentativa a la S.T.C. 92/2014. *Vid.* S.T.C. 98/2014, 115/2014, 116/2014 y 124/2014.

¹⁰ S.T.C. 180/2001, F.J. 3, reproducido en S.T.C. 92/2014, F.J. 5. Ejemplos de ello encontramos en S.T.C. 184/1990 denegando pensión de viudedad y, en S.T.C. 155/1998, donde se declara no haber lugar a subrogación arrendaticia por inexistencia de vínculo matrimonial. Merece mencionar aquí, siquiera sea brevemente, que no cabe la aplicación analógica de la Disposición Adicional 10.^a de la Ley 30/1981 de 7 de junio por la que se introduce el divorcio en España y que permitiría la pensión de viudedad a «quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha» (*vid.* como ejemplo de interpretación extensiva de esta doctrina la S.T.C. 260/1988), ya que la finalidad perseguida por ambas normas es totalmente distinta y las diferencias entre el régimen pre-democrático y el actual, abismales en materia de reconocimiento de derechos. Al respecto y para un mayor abundamiento, cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 y su voto particular.

¹¹ S.T.C. 92/2014, F.J. 6. En esta misma línea argumentativa, cfr. Caso Cossey contra Reino Unido, Decisión del T.E.D.H. de 27 de septiembre de 1990; Caso Mata Estévez contra España, Decisión del T.E.D.H. de 10 de mayo de 2001; y, Caso Schalk and Kopf contra Austria, Decisión del T.E.D.H. de 24 de junio de 2010.

¹² En el sentido mencionado en la citada S.T.C. 41/2013, F.J. 6.

los convivientes estaban capacitados para celebrar matrimonio y optaban libremente por no celebrarlo, asumiendo las consecuencias legales de su decisión¹³.

Aunque concuerdo con el T.C. en que no toda imposibilidad para contraer matrimonio es sí misma una justificación para la equiparación a los deberes y derechos maritales, entiendo que en el caso que nos ocupa, tal justificación es más que razonable y proporcionada y que lo contrario conlleva a una discriminación indirecta por orientación sexual. Tal afirmación es avalada por la propia reforma del 2007, que reconoce el derecho de pensión tanto al cónyuge como al conviviente.

B) EL TRATO DIFERENTE DEL SUPÉRSTITE DE LA UNIÓN DE HECHO SEGÚN EL TERRITORIO

Otro núcleo problemático, situado en la periferia del tema que nos ocupa, por no afectar directamente a uniones de hecho homosexuales, sino uniones de hecho en general, pero digno de mención (dado que refleja perfectamente el problema de la desigualdad de la materia y la realidad social de la ciudadanía española) es la remisión a la legislación específica de ciertas CC.AA. para la acreditación de la existencia de pareja de hecho y, por consiguiente, de los requisitos que van a determinar el acceso a la pensión de viudedad. Me refiero ahora a la posible vulneración de la cláusula genérica de igualdad.

El art. 174.3.5.º L.G.S.S. en su redacción por la Ley 40/2007, ha sido declarado inconstitucional en la reciente S.T.C. 40/2014, por establecer un tratamiento diferenciado en función de la residencia o vecindad civil de las personas, así como también por no respetar una competencia básica del Estado, como es la de fijar los requisitos y el régimen de Seguridad Social de forma uniforme para todo el territorio nacional¹⁴. El precepto cuestionado establecía que «En las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, (...), la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica». Por el contrario, en aquellas CC.AA. sin «derecho civil propio» se aplicaría el régimen general establecido en el cuarto párrafo de la norma¹⁵. Lo que ha ocurrido es que las CC.AA., al legislar sobre las uniones de

¹³ Vid. S.T.C.184/1990, F.J. 1. En la misma línea argumentativa, encontramos un supuesto llamativo en la S.T.C. 66/1994. Se trata de un recurso de amparo por posible vulneración de los arts. 14.1 y 16.1 C.E. En él, alega la cónyuge supérstite que la exigencia del vínculo matrimonial para devengar pensión de viudedad vulneraba su libertad ideológica. El T.C. rechaza tal argumentación denegando el amparo, al considerar que «no cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer el vínculo matrimonial» (F.J. 3). Diferente es el caso de la S.T.C. 180/2001, donde el T.C. aprecia discriminación por motivos religiosos en relación con la posibilidad de celebrar matrimonio.

¹⁴ Vulneración de los arts. 14 y 149.1.17 C.E. Vid. S.T.C. 40/2014, F.J. 4.

¹⁵ «(...) La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. (...)».

hecho, han exigido circunstancias diferentes al régimen general tanto para la acreditación de la pareja de hecho como para la consideración de la misma¹⁶. El resultado de esta diversidad legislativa arroja a todas luces un tratamiento desigual carente de justificación objetiva, pues entiende el Tribunal Constitucional que los efectos son claramente desproporcionados: según la Comunidad Autónoma de residencia se podría causar derecho o no a recibir una pensión que procede del erario público estatal y que debería estar regulada en todos sus requisitos con carácter uniforme por el Estado¹⁷.

Incardinadas en este foco problemático del tratamiento territorial desigual de las pensiones de viudedad se han sucedido otras dudas ante el Tribunal Constitucional, que confrontan la normativa autonómica con los requisitos del régimen general establecidos en el art. 174.3.4.º L.G.S.S. Así, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en tres ocasiones sobre la exigencia de «inscripción registral o constitución de la pareja de hecho en documento público»: S.S.T.C. 45, 51 y 60/2014, donde, habida cuenta de la nulidad de la remisión legislativa autonómica¹⁸, ha declarado la constitucionalidad de la condición, precisando que la acreditación de la pareja de hecho válidamente constituida durante al menos dos años de antelación es un requisito formal (*ad solemnitatem*) desligado del hecho fáctico de la cohabitación, exigida como requisito material durante cinco años anteriores a la fecha del hecho causante¹⁹.

Otro ejemplo llamativo de la diversidad legislativa en la acreditación de la unión de hecho lo encontramos en la S.T.C. 44/2014, donde el órgano cuestio-

¹⁶ Vid. a modo de ejemplo la propia normativa citada por la S.T.C. 40/2014, F.J. 3, y que reproduzco aquí de forma resumida, a fin de ilustrar la diferente acreditación de la pareja de hecho según su lugar de residencia y sin ánimo de profundizar en las peculiaridades normativas autonómicas: el art. 1.2 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Islas Baleares; la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; el art. 3 de la Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho y el art. 3 la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana que prevén que la acreditación no se lleve a cabo mediante documento público y exigen, con carácter constitutivo, la inscripción en el registro de parejas estables de la respectiva Comunidad. O, el art. 305 el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho foral de Aragón que requiere cualquier medio de prueba admitido en derecho, especialmente, a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia.

¹⁷ S.T.C. 40/2014, F.J. 5, sobre el examen de la justificación y de la proporcionalidad de la diferenciación legislativa. En sentido contrario se manifiesta el Voto particular adherido al pronunciamiento, para el que la diferenciación irrazonable se produce al declarar la inconstitucionalidad del precepto. Así, en el punto 6.º: «Si se aplican los requisitos establecidos en el art. 174.3, primer inciso, L.G.S.S., ocurre que esta situación va a producir efectos distintos según se trate de prestaciones de la seguridad social, o de derechos sucesorios o de otro tipo, de modo que una misma convivencia sirve para obtener unos derechos en un caso y para no obtenerlos en el caso de la seguridad social. Hemos creado un problema absurdo, partiendo de una interpretación literal y no realista de la norma cuestionada».

¹⁸ S.T.C. 40/2014.

¹⁹ En sentido contrario, *vid.* Voto Particular de la S.T.C. 60/2014, que considera desproporcionado no admitir otros medios de prueba de la existencia de la unión de hecho, cuando existen parejas convivientes que sin estar inscritas gozan de reconocimiento y de otros derechos civiles.

nante se plantea la constitucionalidad del requisito previsto en el art. 174.3.4.º L.G.S.S., en virtud del cual se exige a los convivientes de la unión de hecho no tener «vínculo matrimonial vigente con otra persona». La duda surge porque hay CC.AA. donde basta que exista separación judicial o meramente fáctica del anterior cónyuge para poder constituirse como pareja de hecho con otro individuo, como sucede en Cataluña²⁰. La constitucionalidad del requisito queda plenamente admitida en base a la previa declaración de nulidad de la remisión legislativa a las CC.AA.²¹ y en la finalidad de la propia norma de evitar fraudes y duplicidad o concurrencia de pensiones²².

C) CONCLUSIONES

De la doctrina del Tribunal Constitucional estudiada se colige que el tratamiento jurisprudencial de la pensión de viudedad en España para el supérstite de una unión de hecho, con independencia del sexo, habida cuenta de la protección jurídica del matrimonio homosexual, toma como base los siguientes postulados: de un lado, la libertad de optar entre el matrimonio y la constitución de la pareja; y, de otro, la no asimilación de la institución constitucional del matrimonio con el fenómeno jurídico de la unión de hecho, aunque con la tendencia legislativa de aproximar ambos regímenes en la adquisición de derechos sociales del supérstite. Esta tendencia queda amparada en el amplio margen de configuración legislativa del régimen de Seguridad Social, la cual debe obedecer a criterios uniformes en todo el territorio nacional para evitar disparidades de tratamiento no justificado.

III. REFERENCIA AL MARCO JURÍDICO EUROPEO

El art. 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, C.E.D.U.) consagra la igualdad de todas las personas ante la ley, y, el art. 21 establece: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo (...) u orientación sexual». Desde el Tratado de Ámsterdam (1997), el art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea introduce la noción de discriminación por orientación sexual y auspicia a la U.E. para aprobar leyes que luchen contra este tipo de discriminación para abolir toda disparidad que traiga origen en la diferente inclinación sexual de las personas, si no hay para ello una finalidad legítima justificada y objetivamente introducida por medios adecuados, necesarios y proporcionados para lograr esa diferenciación.

A día de hoy la U.E. ha legislado contra la discriminación por orientación sexual sólo en el ámbito laboral. La Directiva 2000/78/C.E. del Consejo, relativa

²⁰ Art. 234.2.c) del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010 de 29 de julio del Parlamento Catalán.

²¹ S.T.C. 40/2014.

²² S.T.C. 44/2014, F.J. 3.

al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, aplicable tanto en el sector público como en el privado, prohíbe la discriminación en el acceso y en las condiciones de empleo, en la formación profesional, además de en la orientación y participación en organizaciones de trabajadores y empresarios (art. 3.1); pero excluye de su ámbito de aplicación los regímenes públicos de Seguridad Social (art. 3.3) y precisa en su *considerando* 22 que se aplicará «sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil y de las prestaciones que dependan del estado civil». La Directiva carece de un marco normativo que regule la discriminación o desigualdad en materia de Seguridad Social.

Como ha precisado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H.) en el Caso Mata Estévez contra España, ante la posible vulneración de los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (C.E.D.H.), por la denegación de pensión de viudedad al supérstite de una unión de hecho homosexual: «la distinción de trato constatada depende del margen de apreciación del Estado»²³. En la misma línea, Caso Cossey contra Reino Unido, Decisión del T.E.D.H. de 27 de septiembre de 1990, y, Caso Schalk and Kopf contra Austria, Decisión del T.E.D.H. de 24 de junio de 2010.

Por lo que respecta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (T.J.U.E.), desde el primer pronunciamiento que se ocupó del tema de la discriminación por orientación sexual (admitiéndola como legal, por no estar prevista en los Tratados²⁴), hasta la actualidad, cuando la normativa europea ha evolucionado hacia la adopción de medidas positivas destinadas a paliar este tipo de discriminación, el T.J.U.E. ha declarado siempre que estas cuestiones se ubican en la propia competencia de los Estados. Así, valgan de ejemplo, los Asuntos acumulados C-122/1999 y C-125/1999, D y Suecia/Consejo, señalando la diversidad de regímenes de inscripción de uniones de hecho con efectos civiles diferentes en los Estados miembros²⁵; y, el Asunto C-117/2001, K.B., ante la denegación de pensión de viudedad que correspondía al supérstite transexual de una unión de hecho por el veto de su legislación nacional a contraer matrimonio.

Una mención aparte merece el Asunto C-267/2006, Maruko/Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (Vddb), donde declarándose la aplicabilidad de la Directiva 2000/78/C.E., por la naturaleza de la retribución alemana que se examina en esta cuestión prejudicial, se declara que se opone a la citada Directiva la normativa controvertida en el procedimiento principal, «en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que

²³ Caso Mata Estévez contra España, Decisión del T.E.D.H. de 10 de mayo de 2001, último párrafo de la fundamentación jurídica.

²⁴ Vid. S.T.J.U.E. de 17 de febrero de 1998, Asunto C-249/1996, Grant/South West Train, apartados 27, 28 y 50.

²⁵ Vid. apartados 34 y 35 de dicha resolución.

se otorga a un cónyuge supérstite, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el miembro superviviente de una pareja inscrita se halla en una situación comparable a la de un cónyuge beneficiario de la prestación de supervivencia establecida en el régimen de previsión profesional gestionado por el Vddb»²⁶.

Así las cosas, es evidente que son los Estados los que tienen la competencia y un absoluto margen de libertad para legislar sobre la posibilidad de conceder o no una pensión de viudedad al supérstite de una unión de hecho, sea de igual o de diferente sexo. Las diferencias entre los ciudadanos de la Unión Europea en materia de pensión de viudedad son latentes y están amparadas en la legalidad de su propio derecho nacional. Bajo esta premisa, en el seno de la Unión Europea no existe uniformidad en la legislación referente al estado civil de las personas ni a los regímenes de Seguridad Social.

En conclusión, ocurre que supuestos de hecho idénticos pueden ser considerados discriminatorios y vulnerar el art. 21 C.E.D.U. en unos países de la U.E. y en otros no, y la diferencia estaría plena y objetivamente justificada en las competencias soberanas de cada Estado miembro.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS CONSULTADAS

- ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2002.
- APILLUELO MARTÍN, M., «La pensión de viudedad tras la nueva Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social», *Actualidad Laboral*, n.º 9, 2008.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., «La pensión de viudedad y la Ley 40/2007: anatomía de una encrucijada», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 17, 2008, págs. 413-432.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 17, 2003, págs. 61-88.
- CHACARTEGUI JÁVEA, C., *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

²⁶ Declaración final, párrafo 2. En el mismo sentido, S.T.J.U.E. de 10 de mayo de 2011, Asunto C-147/2008, Römer, apartado 38; y, S.T.J.U.E. en el Asunto C-267/2012 de 12 de diciembre de 2013, Frédéric Hay/Crédit Agricole Mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres, apartado 26. Este último pronunciamiento, aunque con un supuesto de hecho diferente (convenio colectivo empresarial que concede beneficios remuneratorios y ventajas para las parejas que contraen matrimonio, excluyendo de estas ventajas a las uniones homosexuales que sólo pueden constituirse en «pacte civil de solidarité»), es un buen referente de la jurisprudencia del T.J.U.E. más actual en el ámbito de la discriminación por orientación sexual en materia laboral.

- DESDENTADO BONETE, A., «La reforma de la Seguridad Social en 2006. Algunas reflexiones sobre el Acuerdo de 13/7/2006», *Social. Mes a Mes*, n.º 127, marzo 2007.
- DESDENTADO DAROCA, E., *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*, Albacete, Bomarzo, 2009.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «Directrices y orientaciones en materia de seguridad social», en *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., «Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial: un motivo más para una necesaria reforma del art. 174 L.G.S.S.», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2005, págs. 551-572.
- LAMARCA I MARQUÉS, A. y ALASCIO CARRASCO, L., «Parejas de hecho y pensión de viudedad», *Indret*, n.º 4, Barcelona, 2007.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Renovación del Pacto de Toledo*, Madrid, M.T.A.S., 2003.
- PISANO, A., «Divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale: il caso Maruko», en *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, págs. 199-213.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G., «La protección por muerte y supervivencia», en *La reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2007.
- VV.AA. (MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. [coords.]), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Granada, Comares, 2008.
- VV.AA. (ROCA TRÍAS, E. [coord.]), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Madrid, C.G.P.J., 2005.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., «La situación protegida en la pensión de viudedad derivada de pareja de hecho», *Actualidad Laboral*, n.º 18, 2008.

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

<http://hj.tribunalconstitucional.es/>

<http://www.westlaw.es>

<http://www.echr.coe.int>

<http://www.europa.eu>

<http://eur-lex.europa.eu>